POR

EL LICENCIADO

Agustin de Aluaro clerigo presbitero vezino de la villa de Sacedon.

CON

Diego Ximenez vezino de la dicha villa.



ARIA Sanchez rebiſabuela de ambos litigātes en ſu teſtamento por Nouiembre de 1532. cargò ſobre las tierras que alli nōbra ciertos ſufragios, mandandolas a Catalina de Chorona ſu hija, y que con el miſmo cargo lo dexaſſe a el hijo o hija que quiſieſſe, y que ſea como aniuerſario perpetuo, y que no ſe pueda vender ni enagenar en ningun tiempo, y q̄ lo dexa para deſcargo de ſu conciencia, y porque aya memoria della, y de quien lo ganò y dexò. La dicha Catalina de Chorona ſucedio en eſtos bienes, y en ſu teſtamento diſpuſo, que vuieſſe eſtos bienes Alonſo Gomez ſu hijo, con cargo que fueſſe clerigo, y ſi no lo fueſſe vinieſſen a Iuan Ximenez ſu hijo, que parece fue el mayor de los hermanos.

El dicho Alonſo Ximenez no fue clerigo, ſino que ſe caſo, y en caſandoſe, el dicho Iuan Ximenez ſu hermano le puſo pleyto, demandandole los bienes. Tuuo ſentencia en fauor del Ordinario, en q̄ ſe condenò al dicho Alonſo Ximenez en la reſtitucion de los bienes, para que los tuuieſſe con el vinculo y cargos con los frutos deſde la conteſtacion, moderados en diez mil marauedis cada año. Apelòſe deſta ſentencia para la Audiencia por el dicho Alonſo Ximenez: y pendiente el pleyto murieron ambos hermanos, y el dicho Alonſo Ximenez dexò por ſu hijo y heredero al dicho Diego Ximenez, y el dicho Iuan Ximenez por ſu ceſsionaria, y elegida para la ſuceſsiō deſtos bienes a Catalina de Malaga ſu ſobrina, nieta de la dicha Catalina de Chorona, cuyo hijo y heredero es el dicho Aguſtin de Aluaro clerigo presbitero. Y que la dicha ſentencia ſe aya de confirmar, ſe prueua por lo ſiguiente.

Lo primero, porq̄ en la facultad de poder eligir la dicha Catalina de Chorona no tiene ninguna duda,

porque

porque por expressas palabras su madre le diõ la elec-
ción, ibi: *Y despues con el mismo cargo lo dexe al hijo o hija q̃*
quisiere, palabras tan absolutas, que aunque entre sus
hijos vuiera alguno que fuera indigno lo podia eligir,
l.cum quidam.ff.de leg.2.ibi: *quibus voles*, & ibi: *Mar-*
tianus putat hæredem posse, etiam indignum præferre, Molin.
lib.2.cap.4.n.9.& cap.5.nu.1. Menoch. de arbitrar.
q.7.num.1. y assi viene la dificultad a parar en si pu-
do la dicha Catalina de Chorona eligir al segundo
hijo, con cargo de que fuesse clerigo, y si no lo fuesse
viniesse a Iuan el otro su hijo, que era mayor, contra
la disposicion de la l.vnum ex familia.§.si de falcidia,
ibi: *non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberali-*
tatis beneficium est, & ibi: *quid enim quod de suo videatur*
reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere debuit. ff. de leg.
2.l.vtrum.§.cum quidam. ff.de reb. dub. & Crotum
cons.48.num.13.Surd.decis.292.num.1. que dizen,
quod hæredi concessa facultas eligendis vnum ex fa-
milia electus censetur bona illa habere, à testatore nõ
autẽ ab eligẽte. Para cuya resoluciõ se aduierte, q̃ en
dos formas se considera el grauamen que el elector
pone al que elige en virtud de disposicion precedẽte.
¶ La primera, quando el elector eligiendo persona
cierta de los cõprehendidos en la disposicion le pone
grauamen sobre estos bienes, o condicion por donde
el que elige ponga carga de que saque el prouecho y
vtilidad de los frutos: y en este caso como la persona
del eligido es cierta, y no condicional, anulasse la car
ga y imposicion del grauamẽ, pero no la elecciõ, que
la hizo pura, y esto es lo que disponen las leyes que en
esta razon hablan, vt est textus, in d. §.si de falcidia,
ibi: *quia quod reliquit omnino reddere debuit*, & ibi: *nõ enim*
facultas necessariæ electronis propriæ libertatis beneficium est,
& ibi: *quod est enim quod de suo videatur reliquisse, qui quod*
reliquit omnino reddere debuit, y esto es lo en que todos
los Doctores concuerdan, que hecha la eleccion, y
nombrado el que ha de suceder, se le adquiere libre-
mẽte los bienes, y se vician los grauamẽes y condi-
ciones,

ciones, Peralt. in l. vnum ex familia. §. sed & si fundũ,
Caldas de nominat. quæst.2.n.9. Molin. de primoge.
d.cap.4.n.19. Y en tanto grado resoluio este autor,
que quedan los bienes en el eligido en su primera na-
turaleza, que de ninguna manera grauamen se le pue-
da imponer, aunque sea el grauamen del apellido y
armas del que elige, y esto resuelue Molin. d. cap. 4.
n.21. vers. ex qua ratione, refutando à Peralta, in d.§.
sed si fundum, y da la razon, porque es grande graua-
men este, y de mucha vtilidad y prouecho para el q
le pone. ¶ La segunda forma es, quando ni a la per-
sona del elegido, ni a los bienes se le pone carga, sino
que el que tiene facultad de eligir esta o aquella per-
sona, la que nombra la califica, y en defecto de aqlla
calidad elige otro de aquellos mismos entre quien se
le dio la facultad: de suerte que es fuerça paren los
bienes en vno de aquellos que el fundador quiso sin
ninguna alteracion; y este es el caso propriamente
deste pleyto, en el qual la grauada hallandose cõ qua-
tro hijos, nombrò al menor, siendo clerigo, y si no lo
fuesse, eligio al mayor. Y en este caso se considera li-
beralidad en el que elige, cũ sit respectu ipsius actus
eligendi, el qual considerado, pudiendo darlo a otro
de los hijos el que elige a este, prætermisso alio totum
confert, que es lo que dixo Molin. dict. lib.2. cap. 4.
num.12. vers. sed respectu ipsius actus eligendi, y ale-
ga la dicha l. vtrum, §. cum quidam, ibi: *An imposita
necessitate dandi solum ei distribuendi liberum arbitrium con-
cedat*, ac si apertius dixisset electori quantum ad eli-
gendum necessitatem impositam esse, in eligendo
autem vnum, vel alterum sibi liberum arbitrium re-
lictum fuisse: y en el vers. quibus adijciendum, resuel-
ue, que el que al eligido ex electione rem aliquã de-
dit posse eidem illam adimere alterum eidem præfe-
rendo. ¶ De donde nace, que si de todo punto la di-
cha Catalina de Corona, sin hazer agrauio al dicho
Alonso Ximenez su hijo lo pudo passar en silencio, y
eligir a Iuan el hijo mayor, con mucha mas razon le
pudo

pudo eligir catolicatiuamēte, si fuesse clerigo: porque si puede lo que es mas, que es passarlo en silencio, y dexarlo sin esperança, pudo lo que es menos, dexando en su voluntad cumplir el ser el eligido, por la regla que dize, que al que es licito lo que es mas, es licito lo que es menos, auth. multo magis. C. de sacrosanct. eccles. vbi Bald. & Paul. de Castr. notant: y si le pudo simplemente reuocar el nombramiento, y darselo al otro hijo, como Molina lo dize en el dicho numero 12. vers. quibus adijciendum, porque es necessario que dure la voluntad. l. vnum ex familia, in principio. l. cum pater. §. à filia. ff. de leg. 2. Molin. d. lib. 2. cap. 4. à num. 22. cum seqq. mucho mejor lo podra quitar condicionalmente, pues aquello que puramente se dexa no solamente pura, pero condicionalmente se puede quitar y transferir en otro. l. quod si aliud. l. si legatum. ff. de adimend. leg.

Lo segundo, porque es muy diferente cosa grauar al eligido, a calificar la persona del eligido, como lo aduierten Bald. in repetit. l. primæ. n. 6. ad finem. C. de sacrosanct. eccles. Paul. de Castr. in l. filiusfamilias. §. cum pater, in fine. ff. de leg. 1. donde resueluen, que quando a vno se le da potestad de poder eligir vno el que quisiere, solo se le da potestad a quien ha de eligir, & qualiter: y interpretando Peralta, in d. l. vnum ex familia. §. sed & si fundum. n. 18. col. 4. vers. nam illud verbum qualificatiuum, *qualiter*, esta palabra, *qualiter*, dize que se ha de entender *de qualitate personæ eligendæ, vel de alia consimili non vero de qualitate grauaminis imponendæ, cum non possit imponi electo, vel nominato*: y esta doctrina decide nuestro caso, porque el clericato se puso para calificar la persona del primer eligido, que fuesse clerigo. De suerte que estando calificada su eleccion con la dicha calidad de clerigo, no lo siēdo, como en efeto de verdad no lo fue, no quedò nōbrado; illius ajustada es a este caso lo question q̃ disputa Caldas Pereir de nominat. quæst. 2. num. 4. an si pater qui his verbis nominationē fecit, si filius meus

 qui

qui absens est in patriam non redierit nomino ad talem emphiteusim Sempronium (en la validacion del nombramiento aunq̃ es condicional no pone duda) solo la pone en si cumpliendose la condicion, que el hijo venga a su tierra; si quedarà nombrada, y sucederà en el emphiteusi. Y sin embargo que en el dicho numero 4. prueba, que aunque el hijo venga a su tierra no està nombrado, porque positus in conditione non censetur institutus, y mas parece que el padre puso a su hijo en condicion, si viniesse a su tierra, para extinguir el nombramiento especifico, que para nõbralle: pero en el num. 5. vers. his tamen non obstantibus, resuelue, que no solo por la buelta a su tierra queda extinguido el nombramiento especial; pero q̃ el hijo quedò virtualmente nombrado, y en virtud de su llamamiento sucede en el emphiteusi, y assi no se puede poner duda ninguna en que la dicha Catalina Corona pudo calificar la persona del primero nombrado con la calidad del clericato, y en su defecto nombrar como nombrò puramente al otro hijo.

Lo tercero, porque como el dicho Iuan Ximenez fue de los llamados, y pudo sin injuria ser antepuesto a el otro, no se considera en el primero grauamen ninguno: porque en mas fuertes terminos todas las vezes que vno tiene facultad para poder eligir vno de la familia, le puede poner al que elige della grauamẽ de restituyr aquellos bienes a otro de la misma, sin q̃ en esto se considere grauamen; porque entonces solo se considera quando el grauamen se pone en fauor de estraño no comprehendido en la disposicion, pero no quando es en fauor de los mismos de la familia, vt minuit tex. in d. l. vnum ex familia, d. §. sed & si fundũ, ibi: *Eiusque fideicommisserit, vt eum extitero restituat*, & ita interpretat ibi Peralta, in d. §. sed & si fundũ, vers. & id quod Bald. vult quem etiam sequitur & refert Caldas Pereira de nominatione, quæst. 2. nu. 9. vers. quo argumento, para lo qual haze vna razon, que parece fuerte: porq̃ claro es, que si la dicha Catalina de Corona

no

no quisiera elegir, que en este fideicommisso si fuera simple, auiendo de suceder igualmente todos sus hijos. l. vnum ex familia. §. rogo. l. cum quidam. ff. de leg. 2. y si gradual, como en efeto lo es (por tener prohibicion perpetua de enagenacion, y declaracion q̃ se haze para conseruacion de la memoria de la fundadora), que auia de suceder el hijo mayor, Gregor. Lopez in l. 2. tit. 15. p. 2. glos. verb. en España, Molin. d. cap. 4. n. 42. y si virtualmente dexando de eligir lo pudo dar a todos, o a lo menos al dicho Iuan Ximenez su hijo mayor, iuxta tex. in l. 3. ff. de iur. codicillor. no se considera cargo en el llamamiento qualificatiuo de la persona del hijo menor, hallandose substituydo el hijo mayor, que era fuerça sucediesse muriendo la graduada sin nombrar.

Lo vltimo, porq̃ en rigor siendo como fue la eleccion del dicho Alonso Ximenez bajo de condicion si fuesse clerigo, fue ninguno su nombramiento: porque la elecció es vno de los actos legitimos, que no recibe dia ni condicion, y por su imposicion queda nulo el acto de la eleccion. l. actus legitimi. ff. de regulis iur. cap. cum in electionibus, de electione, libro. 6. notat Dinus in cap. actus legitimi, num. 2. de regul. iur. in 6. Bartul. in l. serui electione, in prin. ff. de leg. 1. optimè Iass. cons. 162. num. 10. cum seqq. vol. 2. de do nacen dos derechos en fauor del dicho Iuan Ximenez. ¶ El primero, que siendo el hijo mayor, y la eleccion ninguna por la imposicion de la condicion en la persona del hijo menor, sucedio iure proprio, y por llamamiẽ to legal, iuxta proximè resoluta à Gregorio Lopez. d. gl. verbo, España, Moli. d. cap. 4. n. 42. ¶ El segũdo, que saltim el dicho Alonso Ximenez consintio y aprouò el grauamen, pues en virtud de nombramiento nulo, consentido tambien por su hermano mayor entrò en el fideicomisso, y no reclamò la condicion hasta que se vio casado, y quando el elegido, & non ex necessitate electionis nullæ, como en nuestro caso, consiente la condició, necessario eam impleri debet, ex his quæ

tradunt

tradunt Peralta in l. Titia, §. Lucius, el primero, num. 18. ff. de leg. 2. Cald. d. quæſt. 2. num. 9. in fin. per text. in l. ſi filius. ff. de vulgar. juncta l. ſi patroni, §. qui fideicommiſſariam. ff. ad Trebellian. ibi: *Cur non videatur indignius, vt qui deſtituit ſupremas defuncti prius conſequatur aliquid ex voluntate.* De donde reſulta deuerſe confirmar la dicha ſentencia. Salua la digniſsima correccion de V. m.